

University of Groningen

**De publiek- en privaatrechtelijke handhaving van het Europese privaatrecht: de nieuwe realiteit voor contracteren.**

Cherednychenko, O.O.

*Published in:*  
Contracteren

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Cherednychenko, O. O. (2014). De publiek- en privaatrechtelijke handhaving van het Europese privaatrecht: de nieuwe realiteit voor contracteren. *Contracteren*, 14(4), 87-92.

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

# Impressies

## De publiek- en privaatrechtelijke handhaving van het Europese privaatrecht: de nieuwe realiteit voor contracteren

Prof. dr. O.O. Cherednychenko\*

### 1. Inleiding

Van oudsher werden gedragsregels voor contractspartijen en op initiatief van een van de partijen door de civiele rechter gehandhaafd via het klassieke verbintenissenrecht. Alleen langs deze weg kon de benadeelde partij alsnog de gevolgen van de schending van dergelijke regels corrigeren en zijn schade geheel of gedeeltelijk vergoed krijgen. Dit traditionele beeld spoort echter niet meer met de realiteit op de gebieden die voor een belangrijk deel door het Europese privaatrecht worden beheerst, zoals het consumentenrecht en oneerlijke handelspraktijken, het financiële recht of het energierecht. In toenemende mate worden private verhoudingen op deze terreinen aan het publieke toezicht onderworpen en de gedragsregels voor contractspartijen langs de bestuursrechtelijke weg gehandhaafd. Daarnaast wordt de rol van de alternatieve geschillenbeslechting (*Alternative Dispute Resolution* ofwel ADR) steeds belangrijker.

Deze ontwikkeling roept veel vragen op over de vormgeving van de publiek- en privaatrechtelijke handhaving van gedragsregels voor contractspartijen in de geregeerde sectoren, over de verhouding tussen beide handhavingvormen en over de gevolgen van de veranderingen in de realiteit voor het rechtssysteem als geheel. Recent werd de internationale conferentie getiteld *Public and Private Enforcement of European Private Law: Perspectives and Challenges* (gehouden aan de Rijksuniversiteit Groningen) gewijd aan deze problematiek.<sup>1</sup> In deze bijdrage voor de rubriek *Impressies* sta ik als organisator van dit congres stil bij enkele interessante bevindingen en leerzame suggesties die tijdens de conferentie naar voren zijn gekomen.<sup>2</sup> Meer in het bijzonder ga ik in op de toenemende rol van de Europese Unie (EU) bij handhavingsvraagstukken (par. 2), de gevolgen van de opkomst van de bestuursrechtelijke handhaving en ADR in het contractenrechtelijke domein voor het verbintenissenrecht en de contractspraktijk (par. 3), en de onderlinge relatie tussen de publiek- en privaatrechtelijke handhaving van gedragsregels voor contractspartijen (par. 4). Daarbij verwijs ik onder meer naar de sprekers van de conferentie.<sup>3</sup> Ik rond af met een korte conclusie (par. 5).

ves and Challenges (gehouden aan de Rijksuniversiteit Groningen) gewijd aan deze problematiek.<sup>1</sup> In deze bijdrage voor de rubriek *Impressies* sta ik als organisator van dit congres stil bij enkele interessante bevindingen en leerzame suggesties die tijdens de conferentie naar voren zijn gekomen.<sup>2</sup> Meer in het bijzonder ga ik in op de toenemende rol van de Europese Unie (EU) bij handhavingsvraagstukken (par. 2), de gevolgen van de opkomst van de bestuursrechtelijke handhaving en ADR in het contractenrechtelijke domein voor het verbintenissenrecht en de contractspraktijk (par. 3), en de onderlinge relatie tussen de publiek- en privaatrechtelijke handhaving van gedragsregels voor contractspartijen (par. 4). Daarbij verwijs ik onder meer naar de sprekers van de conferentie.<sup>3</sup> Ik rond af met een korte conclusie (par. 5).

87

1. De conferentie vond plaats op 25 april in Groningen en werd georganiseerd door de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht in samenwerking met het Groningen Centre for Law and Governance (GCL), Groningen Graduate School of Law (CCSL) en de Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen (KNAW). Het congresprogramma is te vinden op <[www.rug.nl/rechten/congressen/archief/2014/public-private-enforcement-european-private-law/conference-programme](http://www.rug.nl/rechten/congressen/archief/2014/public-private-enforcement-european-private-law/conference-programme)>.
2. De congresbijdragen zullen verschijnen in een special issue van *European Review of Private Law*, te verschijnen in 2015.
3. De sprekers van de conferentie waren prof. dr. A. Bakardijeva-Engelbrekt (Universiteit Stockholm), prof. dr. G. Bellantuono (Universiteit Trento), prof. dr. O.O. Cherednychenko (Rijksuniversiteit Groningen), prof. dr. M.G. Faure (Erasmus Universiteit Rotterdam), prof. dr. H.B. Krans (Rijksuniversiteit Groningen), prof. dr. H.-W. Micklitz (European University Institute), prof. dr. N. Reich (Universiteit Bremen/Rijksuniversiteit Groningen), prof. dr. R. Steennot (Universiteit Gent), A.J. Verheij (Rijksuniversiteit Groningen) en prof. dr. F. Weber (Universiteit Hamburg).

\* Prof. dr. O.O. Cherednychenko is adjunct hoogleraar Europees privaatrecht en rechtsvergelijking aan de Rijksuniversiteit Groningen.

## 2. De toenemende rol van de EU bij handhavingsvraagstukken

Traditioneel was de rol van de EU voor wat betreft de handhaving van het Europese privaatrecht vrij beperkt. De terughoudendheid van de EU op dit terrein werd in belangrijke mate ingegeven door het beginsel van de procedurele autonomie. Dit beginsel houdt in dat het, bij ontbreken van een desbetreffende EU-regeling, aan lidstaten is om te beslissen hoe het materiële privaatrecht van Europese komaf in nationale rechtsordes wordt gehandhaafd. Alhoewel het beginsel van de procedurele autonomie formeel nog steeds wordt gevolgd in het EU-recht, kan het thans niet langer worden geïnterpreteerd in die zin dat de handhavingsvraagstukken enkel tot de competentie van de lidstaten behoren en dat de EU zich daar niet mee kan bemoeien.

In de eerste plaats wordt de procedurele autonomie van de lidstaten steeds meer ingeperkt in de secundaire EU-wetgeving. Zo dreef de EU-Verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming de lidstaten in wezen ertoe om bestuursorganen, zoals de Autoriteit Consument en Markt (ACM), op te richten en ze te belasten met de bestuursrechtelijke handhaving van het consumentenrecht. Sterker nog, in afwijking van het uitgangspunt dat de wijze van handhaving van de door de EU geharmoniseerde materiële regels door de lidstaten zelf wordt bepaald, schrijft bijvoorbeeld de Richtlijn Markten voor Financiële Instrumenten II (MiFID II),<sup>4</sup> die onder meer de voorschriften inzake beleggersbescherming bevat, expliciet de bestuursrechtelijke handhaving voor. Meer in het bijzonder zijn de lidstaten verplicht om het toezicht op de naleving van regels die uit deze richtlijn voortvloeien te bewerkstelligen<sup>5</sup> en er zorg voor te dragen dat de toezichthoudende autoriteiten *bestuursrechtelijke* sancties en maatregelen kunnen opleggen bij overtreding daarvan.<sup>6</sup> Daarmee volgt de MiFID II de benadering van haar voorganger – de MiFID I<sup>7</sup> – waarin tevens de bestuursrechtelijke handhaving werd voorgeschreven.<sup>8</sup> De rol van de bestuursrechtelijke handhaving op het gebied van beleggingsdienstverlening wordt bovendien versterkt door de oprichting van de Europese toezichthouder op dat terrein – de Europese Autoriteit voor effecten en markten (European Securities and Markets Authori-

ty ofwel ESMA), die onder meer de bescherming van beleggers moet bevorderen.

Daarnaast verplicht de MiFID II de lidstaten om ‘efficiënte en doeltreffende’ klachten- en beroepsprocedures voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen op het gebied van beleggingsdienstverlening in te richten.<sup>9</sup> In dit verband moeten de lidstaten er zorg voor dragen dat alle beleggingsondernemingen zich aansluiten bij één of meer van de buitengerechtelijke organen.<sup>10</sup> Deze organen moeten ESMA op de hoogte brengen van de klachten- en beroepsprocedures die in hun rechtsgebieden beschikbaar zijn.<sup>11</sup> Daarmee wordt op het EU-niveau een link gelegd tussen de ADR en het toezicht op de financiële markten. Deze benadering beperkt zich bovendien niet tot de beleggingsdienstverlening in de EU. De nieuwe Richtlijn ADR consumenten beoogt de rol van de ADR en de samenwerking tussen de ADR en de toezichthoudende autoriteiten over de gehele linie van het consumentenacquis te versterken.<sup>12</sup>

Daarbij komt dat veel EU-Richtlijnen op het gebied van het Europese privaatrecht ook procedurele regels ten aanzien van de bewijslast, bewijsmiddelen, de vrije advocaatkeuze enzovoort bevatten. Te denken valt bijvoorbeeld aan de voorschriften omtrent de bewijslast in de Richtlijn productaansprakelijkheid,<sup>13</sup> de Richtlijn consumentenkoop<sup>14</sup> en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.<sup>15</sup> Krans spreekt in dit verband over de ‘onzichtbare pijler’ van de Europese invloed op het nationale burgerlijk procesrecht.

Behalve door de EU-wetgeving wordt het beginsel van de procedurele autonomie in toenemende mate ook begrensd door het effectiviteitsbeginsel. Aan de hand van de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie

4. Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2013 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU, PbEU 2014, L 173/349 ('MiFID II').

5. MiFID II, art. 69.

6. MiFID II, art. 70.

7. Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad, PbEU 2004, L 145/1 ('MiFID I').

8. Zie in het bijzonder art. 51 van de MiFID II.

9. MiFID II, art. 75 lid 1.

10. MiFID II, art. 75 lid 1.

11. MiFID II, art. 75 lid 3.

12. Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, PbEU 2013, L 165/63 ('Richtlijn ADR consumenten'). Zie ook Verordening (EU) 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, PbEU 2013, L 165/1 ('Verordening ODR consumenten').

13. Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, PbEU 1985, 210/29 ('Richtlijn productaansprakelijkheid'), art. 7.

14. Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, PbEU 1999, 171/12 ('Richtlijn consumentenkoop'), art. 5.

15. Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijnen 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, PbEU 2005, L 149/22 ('Richtlijn oneerlijke handelspraktijken'), art. 12.

van de Europese Unie (HvJ EU) en het EU-grondrecht op een effectieve remedie van artikel 47 van het EU-Handvest van de grondrechten onderscheidt Reich bijvoorbeeld drie functies van dit beginsel: (1) de wegnemende (*eliminary*) functie, (2) de hermeneutische (*hermeneutical*) functie, en (3) de remediërende (*remedial*) functie. De wegnemende functie van het effectiviteitsbeginsel leidt hij af uit de vaste rechtspraak van het HvJ EU, op grond waarvan het nationale recht het in de praktijk niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken om aan het EU-recht ontleende rechten uit te oefenen.<sup>16</sup> Deze functie van het effectiviteitsbeginsel ziet enkel op het *wegnemen* van de *obstakels* voor de effectieve rechtsbescherming in de lidstaten en dus niet op het creëren van de remedies voor de schending van de EU-rechten in de nationale rechtsorde, aldus Reich.<sup>17</sup>

Naast deze ‘negatieve’ dimensie heeft het effectiviteitsbeginsel echter ook een ‘positieve’ dimensie, die tot uiting komt in zijn hermeneutische en remediërende functies. De hermeneutische oftewel interpretatieve functie veronderstelt volgens Reich een positieve *effet utile*-toets, zoals ontwikkeld door het HvJ EU in het arrest Manfredi.<sup>18</sup> Deze toets houdt in dat de rechter de uit het primaire of secundaire EU-recht voortvloeiende rechten moet vaststellen die moeten worden beschermd met *adequate* remedies (*ubi ius, ibi remedium*). In de context van het consumentenacquis kan deze toets ertoe leiden dat de rechter het toepassingsbereik van de remedies waarin in een bepaalde richtlijn of verordening wordt voorzien, moet uitbreiden. Als voorbeeld noemt Reich de uitspraak van het HvJ EU in Sturgeon.<sup>19</sup> In deze zaak heeft het Hof geoordeeld dat de Verordening passagiersrechten luchtvaart<sup>20</sup> zo moet worden uitgelegd dat passagiers niet alleen bij annulering maar ook bij langdurige vertraging van hun vlucht aanspraak kunnen maken op de in artikel 7 genoemde compensatie. Deze uitbreiding van het recht op compensatie werd ingegeven door het EU-beginsel van gelijke behandeling: omdat de schade van luchtreizigers in geval van annulering vergelijkbaar is met hun schade in geval van langdurige vertraging, kunnen passagiers van vertraagde

vluchten en passagiers van geannuleerde vluchten niet verschillend worden behandeld.<sup>21</sup>

De remediërende functie van het effectiviteitsbeginsel vereist in de optiek van Reich dat de lidstaten ervoor zorg dragen dat de remedies waarin in hun eigen nationale recht wordt voorzien *toereikend* zijn voor de effectieve bescherming van de aan het EU-recht ontleende rechten. Deze functie valt bijvoorbeeld op te sporen in de uitspraak van het HvJ EU in Invitel.<sup>22</sup> In het kader van de verbodsactie in het algemeen belang door een consumentenorganisatie heeft het Hof in deze zaak geoordeeld over de gevolgen van de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding in de algemene voorwaarden van consumentenovereenkomsten voor reeds gesloten en toekomstige individuele consumentenovereenkomsten. Volgens het Hof moet de nationale rechter in een dergelijk geval, ook voor de toekomst, ambtshalve alle door het nationale recht bepaalde consequenties trekken opdat het oneerlijke beding de consumenten die een overeenkomst met de betrokken verkoper hebben gesloten waarop dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn, niet bindt. Daaruit volgt dat indien het nationale recht dat niet mogelijk maakt, het niet in toereikende remedies voor effectieve rechtsbescherming voorziet en dus moet worden aangepast, aldus Reich. In dat kader bepleit hij de zogenoemde hybridisatiebenadering. In deze benadering worden de procedurele autonomie van de lidstaten en de noodzaak tot de handhaving van de aan het EU-recht ontleende rechten met elkaar verenigd, met de ‘hybride’ remedies tot gevolg. De remedies zijn hybride omdat ze van nationale oorsprong zijn, maar tevens, als gevolg van de remediërende functie van het EU-effectiviteitsbeginsel, transformatie ondergaan om de effectieve bescherming van de EU-rechten te kunnen realiseren. Het valt echter nog te bezien in hoeverre de door Reich voorgestelde hybridisatiebenadering door het HvJ EU zal worden gevolgd. Het staat vast dat de remediërende functie van het EU-effectiviteitsbeginsel de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de EU en lidstaten voor het waarborgen van effectieve remedies met zich brengt en de procedurele autonomie van de lidstaten op dat vlak drastisch kan beperken.

16. Zaak 33/76 (Rewe Central Finanz [1976]), ECR 1989, r.o. 5; zaak 45/76 (Comet [1976]), ECR 2043, r.o. 13-16; zaak 199/82 (San Giorgio [1983]), ECR 3595, r.o. 14.

17. Op één lijn met het effectiviteitsbeginsel in deze zin plaatst Reich ook het gelijkwaardigheidsbeginsel op grond waarvan de uitoefening van de door het EU-recht verleende rechten niet aan regels mag worden onderworpen die ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale rechtsovereenkomsten gelden.

18. Gevoegde zaken C-295-298/04 (Manfredi [2006]), ECR I-6619.

19. Gevoegde zaken C-402/07 (Sturgeon/Condor) en C-432/07 (Böck/Air France [2009]), ECR I-10923.

20. Verordening (EG) 261/2004 van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten en tot intrekking van Verordening (EEG) 295/91, PbEU 2004, L 46/1 ('Verordening passagiersrechten luchtvaart').

21. Deze benadering werd recent bevestigd in gevoegde zaken C-581/1 (Nelson e.a./Deutsche Lufthansa AG) en C-629/10 (TUI Travel e.a./Civil Aviation Authority), nog niet gepubliceerd.

22. Zaak C-472/10 (Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság / Invitel [2012]), ECR I-0032.



### 3. De opkomst van de bestuursrechtelijke handhaving en ADR in het contractenrechtelijke domein: enkele gevolgen

Zoals uit het voorgaande is gebleken, speelt de EU in toenemende mate een belangrijke rol bij de vraagstukken omtrent de handhaving van het Europese privaatrecht. Wat ook opvalt is dat, in afwijking van het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten, de secundaire EU-wetgeving op dit gebied de bestuursrechtelijke handhaving en de privaatrechtelijke handhaving via ADR aanzienlijk bevordert. Wat voor consequenties heeft de opkomst van de bestuursrechtelijke handhaving en ADR in het contractenrechtelijke domein echter voor het verbintenissenrecht en de contractspraktijk? Blijft het allemaal *business as usual* of staan ons stevige uitdagingen te wachten?

Volgens Micklitz zijn wij getuige van een ingrijpende transformatie van handhaving in het Europese privaatrecht. Er is een verschuiving gaande van de individuele naar de collectieve handhaving, van de handhaving door de civiele rechter naar de handhaving door bestuurlijke organen en ADR, van harde handhaving met behulp van formele handhavingsinstrumenten naar *soft* handhaving op een meer informele wijze. Deze verschuiving heeft volgens Micklitz belangrijke consequenties voor het rechtssysteem als geheel en de contractspraktijk in het bijzonder. Zo zijn de uitvoerende macht en zelfregulerende organen in opmars op het gebied van het Europese privaatrecht. De rechterlijke macht daarentegen speelt een steeds minder belangrijke rol op dat terrein. De opkomst van de bestuurlijke organen gaat gepaard met de trend naar centralisatie van diverse toezicht- en handhavingstaken op het EU-niveau. Een goed voorbeeld daarvan is mijns inziens de oprichting van de Europese Bankautoriteit (European Banking Authority (EBA)), de Europese Autoriteit voor Verzekeringen en Bedrijfspensioen (European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA)) en ESMA, die samen met de nationale toezichthoudende autoriteiten het Europese systeem van financiële toezichthouders vormen. Door de informele handhavingswijze van toezichthouders en buitengerechtelijke geschillenbeslechtingen maakt rechtsvaardigheid (*justice*) bovendien plaats voor billijkheid (*fairness*), aldus Micklitz. Informele oplossingen bevorderen immers het vinden van een compromis tussen de betrokken partijen volgens het principe 'beter één vogel in de hand dan tien in de lucht'. Als gevolg hiervan wordt het lastig om te voorspellen hoe een bepaald vraagstuk wordt aangepakt en hoe een bepaald geschil wordt opgelost. Er wordt simpelweg minder kennis beschikbaar in het publieke domein over de wijze waarop het Europese privaatrecht wordt gehandhaafd. Al met al raakt het recht in verval

en wordt het in toenemende mate vervangen door de politiek, concludeert Micklitz.

De opkomst van toezicht en bestuursrechtelijke handhaving op het gebied van het Europese privaatrecht leidt mijns inziens tevens tot de ontwikkeling van het 'toezichtprivaatrecht', meer in het bijzonder 'toezichtcontractenrecht'. Daaronder versta ik gedragsregels inzake zorgvuldig gedrag van ondernemingen jegens hun (potentiële) cliënten die in een bestuursrechtelijke jas worden gestoken. Juridisch-technisch gezien hebben dergelijke gedragsregels betrekking op de relatie tussen de onderneming en de toezichthoudende overheidsinstantie en maken ze dus geen deel uit van het verbintenissenrecht. Tegelijkertijd normeren ze het gedrag van de onderneming in de relatie met de (potentiële) cliënt en zijn ze mede bedoeld om deze laatste te beschermen. De ontwikkeling van het toezichtcontractenrecht is thans in het bijzonder in de financiële sector in volle gang. Het financiële toezichtcontractenrecht vindt zijn oorsprong in het door de wetgever vastgestelde bestuursrechtelijke kader voor overheidstoezicht op de financiële markten, waarin in wezen privaatrechtelijke gedragsregels inzake zorgvuldige dienstverlening zijn opgenomen en als bedrijfsuitoefeningsvoorwaarden aan de financiële ondernemingen zijn opgelegd. Zo vindt men in de Wet op het financieel toezicht (Wft) bestuursrechtelijke pendanten van tal van privaatrechtelijke gedragsregels, zoals bijvoorbeeld een algemene zorgplicht voor beleggingsondernemingen<sup>23</sup> of het 'ken uw cliënt'-beginsel,<sup>24</sup> die dienen ter implementatie van de MiFID I in het Nederlandse recht. Het incorporeren van dergelijke gedragsregels in het bestuursrecht leidt ertoe dat ze daar een eigen leven gaan leiden dat niet noodzakelijkerwijs met het systeem van het verbintenissenrecht spoort. De ontwikkeling van deze regels vindt immers plaats buiten het systeem van het verbintenissenrecht en ligt voor een belangrijk deel in de handen van de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Deze laatste bijvoorbeeld concretiseert de algemeen geformuleerde wettelijke voorschriften in haar richtlijnen. Mede gelet op de Europese ontwikkelingen valt te verwachten dat de rechtsvormende rol van toezichthoudende instanties op het gebied van het financiële contractenrecht in de komende tijd alleen maar zal toenemen. Omdat de toezichtcontractenrechtelijke regels niet als *lex specialis* fungeren ten opzichte van het Burgerlijk Wetboek, ontstaat er een *dubbel* – publiekrechtelijk en privaatrechtelijk – normenstelsel van gedragsregels waarmee een onderneming rekening moet houden in de civielrechtelijke relatie met haar (potentiële) cliënt. Voor de beantwoording van de vraag welk gedrag van de onderneming in deze verhouding wordt verwacht, moet dus niet alleen naar de jurisprudentie van de civiele rechter worden gekeken, maar ook naar de bestuursrechtelijke voorschriften zoals, voor zover bekend, nader geconcretiseerd door de toezichthoudende instanties.

23. Art. 4:90 Wft.

24. Art. 4:23 en 4:24 Wft.

En wat betekent de opmars van het toezichtcontractenrecht voor de rol van het gewone verbintenissenrecht bij de rechtsvorming in de gereguleerde sectoren? Omdat de toezichtcontractenrechtelijke regels mede strekken tot bescherming van de cliënt, werken ze in beginsel door in het verbintenissenrecht. Deze doorwerking heeft tot gevolg dat de betekenis van het verbintenissenrecht bij het normeren van veel aspecten van de civielrechtelijke verhouding tussen de onderneming en haar cliënt steeds beperkter wordt. Echter, de rol van het verbintenissenrecht en de civiele rechter in de gereguleerde sectoren is naar mijn mening niet helemaal uitgespeeld, aangezien ze een zekere autonomie van het bestuursrecht en de toezichthoudende instanties blijven behouden. Zoals de Hoge Raad bijvoorbeeld in de effectenleasezaken heeft geoordeeld, kan de privaatrechtelijke zorgplicht een *verdere* reikwijdte hebben dan de zorgplicht die in publiekrechtelijke regelgeving is neergelegd.<sup>25</sup> Immers, de publiekrechtelijke zorgplicht beïnvloedt de privaatrechtelijke zorgplicht, maar bepaalt deze niet.<sup>26</sup> Daarnaast kan de civielrechtelijke kwalificatie van een bepaalde overeenkomst niet alleen civielrechtelijke maar ook bestuursrechtelijke consequenties hebben. Illustratief in dit verband is de recente uitspraak van de Hoge Raad over de prejudiciële vraag of een telefoonabonnement, waarbij aan de consument een ‘gratis’ telefoon ter beschikking wordt gesteld, onder meer als een consumentenkrediet te kwalificeren is.<sup>27</sup> Het bevestigende antwoord op deze vraag dat door de Hoge Raad werd gegeven, brengt ingrijpende gevolgen mee voor veel aanbieders van telefoonabonnementen. Dergelijke aanbieders zullen voortaan immers in beginsel vallen onder de uitgebreide toezichtrechtelijke voorschriften die op grond van de Wft voor aanbieders van krediet gelden, zoals bijvoorbeeld het verbod op overkreditering van artikel 4:34 lid 2 Wft.

## 4. De relatie tussen de publiek- en privaatrechtelijke handhaving

Dat publiekrechtelijke handhaving van het Europese privaatrecht nodig is omdat de privaatrechtelijke handhaving daarvan tekortschiet, staat vandaag nauwelijks ter discussie. De beperkingen van de privaatrechtelijke handhaving zijn bijvoorbeeld treffend geïllustreerd door Steennot met betrekking tot oneerlijke bedingen in de algemene voorwaarden van consumentenovereenkomsten in België.

Het probleem is dat de meeste Belgische consumenten simpelweg niet op de hoogte zijn van hun rechten op dat terrein. Ze weten niet wanneer een beding in de algemene voorwaarden oneerlijk is, of geloven zelfs dat ze na het sluiten van de overeenkomst niet langer de mogelijkheid hebben om een beroep te doen op de oneerlijkheid van het beding. Ze doen daar dan ook geen beroep op en betalen vaak bijvoorbeeld buitensporige vergoedingen op grond van de oneerlijke boetebedingen. Zolang de zaak niet voor de rechter komt, biedt de door het HvJ EU op de nationale rechters opgelegde vergaande verplichting tot ambtshalve toetsing van de oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten geen soelaas voor de consument. Daarbij komt dat consumentenorganisaties slechts beperkte mogelijkheden hebben om ten behoeve van de consumenten verbodsacties inzake het gebruik van oneerlijke contractsbedingen in te stellen. Daarom is de publiekrechtelijke handhaving essentieel om de consument tegen dergelijke bedingen te beschermen, aldus Steennot.

Dat betekent echter niet dat de privaatrechtelijke handhaving plaats moet maken voor de publiekrechtelijke handhaving. Zoals uit de rechtseconomische analyse van beide handhavingsvormen door Faure en Weber blijkt, hebben bestuurs- en privaatrechtelijke handhaving elk hun eigen zwaktes. Zo hebben private partijen vaak onvoldoende informatie en prikkels om tot handhaving via het privaatrecht over te gaan, en zijn de privaatrechtelijke remedies onvoldoende effectief om schadelijk gedrag te voorkomen. De publieke waakhonden hebben daarentegen vaak onvoldoende middelen om overtredingen bestuursrechtelijk op te sporen en ze lopen bovendien het gevaar van *regulatory capture* door de belangen van de gereguleerde sectoren. Daarom ligt de oplossing volgens de rechtseconomische literatuur in het creëren van een optimale mix van publiek- en privaatrechtelijke handhaving. Waar de schade bijvoorbeeld over veel gelaedeerden is ‘uitgestrooid’, hebben ze vaak onvoldoende prikkels om tot handhaving over te gaan omdat de schade die per persoon wordt geleden relatief klein is. Om het probleem van *underenforcement* in dit geval aan te pakken ligt het voor de hand om naast de privaatrechtelijke handhaving van de relevante normen ook in hun bestuursrechtelijke handhaving te voorzien. In de gevallen waarin de waarschijnlijkheid van de opsporing van overtredingen laag is, kan de oplossing worden gezocht in de toekenning van punitieve schadevergoeding (*punitive damages*) in het privaatrecht. Gezien de beperkingen van toezichthoudende instanties in het opsporen van overtredingen, vraagt Verheij zich zelfs af of het privaatrecht niet over het algemeen punitiever moet worden om overtredingen te voorkomen. Vanuit rechtseconomisch oogpunt brengt deze benadering echter het risico van *overenforcement* mee.

De vraag naar de optimale mix van publiek- en privaatrechtelijke handhaving valt volgens Faure en Weber niet in zijn algemeenheid te beantwoorden. Welke combina-

25. Zie bijv. HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (Levob Bank N.V./B en GBD), r.o. 4.5.8.

26. Conclusie van de advocaat-generaal De Vries Lentsch-Kostense van 13 februari 2009 voor Levob Bank N.V./B en GBD, De Trek/Dexia Bank Nederland N.V. en Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon N.V., ECLI:NL:PHR:2009:BH2815, onder nr. 3.21.

27. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385. Zie ook conclusie van de advocaat-generaal Wissink van 14 februari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:76. Uitgebreider over deze uitspraak zie J.H.M. Spanjaard, Voor niets gaat de zon op!, in dit nummer van Contracteren.

tie van handhavingsinstrumenten optimaal is, is contextspecifiek en hangt bijvoorbeeld af van de gereguleerde sector en de institutionele setting in een bepaalde rechtssysteem. Er bestaat simpelweg geen *one size fits all*-oplossing die in elke EU-lidstaat kan worden getransplanteerd. Het negeren van *path dependency* in de context van de EU-harmonisatie van het privaatrecht kan inefficiënte handhavingsmechanismen tot gevolg hebben.

Het belang van *path dependency* in de zoektocht naar de optimale mix van publiek- en privaatrechtelijke handhaving manifesteert zich bijvoorbeeld op het gebied van oneerlijke handelspraktijken. Zoals Bakardjieva Engelbrekt laat zien, wordt dit terrein gekenmerkt door de vier verschillende mengvormen van publiek- en privaatrechtelijke handhaving in de lidstaten: (1) uitzonderlijk privaatrechtelijke handhaving door concurrenten, brancheorganisaties en consumentenorganisaties, (2) overwegend publiekrechtelijke handhaving met beperkte privaatrechtelijke handhaving, (3) publiekrechtelijke handhaving in combinatie met sterke privaatrechtelijke handhaving, en (4) handhaving via zelfregulering, *backed up* door de publiekrechtelijke handhaving. Deze diversiteit valt terug te voeren naar de verschillende types van politieke economie (bijvoorbeeld meer liberale versus gecoördineerde) en de verschillende institutionele settings waarin de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken opereert. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken laat de institutionele en handhavingssystemen van de lidstaten over het algemeen intact. Niettemin voorziet Bakardjieva Engelbrekt een kruipende verschuiving naar de publiekrechtelijke handhaving op dat terrein als gevolg van de europeanisering van het privaatrecht, gezien de dominantie van deze handhavingvorm in het EU-consumentenrecht. Het valt echter nog te bezien of dit zal leiden tot het terugdringen van de privaatrechtelijke handhaving of tot de goede complementariteit tussen de publiek- en privaatrechtelijke handhaving in de lidstaten.

De zoektocht naar de perfecte complementariteit tussen de publiek- en privaatrechtelijke handhaving waarbij er geen conflict of overlap tussen beide bestaat, is geen eenvoudige opgave. Coördinatiemechanismen zijn nodig om tot een dergelijke complementariteit te komen en daaraan zijn kosten verbonden. Als alternatief kan daarom worden gedacht aan de *hybridisatie* van verschillende handhavingsfuncties binnen één handhavingsmechanisme, aldus Bellantuono aan de hand van zijn analyse van de publiek- en privaatrechtelijke handhaving in de energie- en telecommunicatiesectoren. Het goede voorbeeld van deze benadering is volgens hem de bevoegdheid van de Britse toezichthouder op de energiemarkten (Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem)) om een *consumer redress order* uit te vaardigen die door de gedupeerde consumenten ten uitvoering kan worden gelegd.<sup>28</sup> Een dergelijke aanwijzing kan de overtredende energiemaat-

schappij ertoe verplichten om de door de consumenten geleden schade te vergoeden. Ook kan ze de grondslag vormen voor ontbinding of aanpassing van de overeenkomst tussen de energiemaatschappij en de consument. Dankzij de bevoegdheid om een *consumer redress order* uit te vaardigen naast de meer traditionele bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden kan de Ofgem niet alleen zorgen voor preventie van toekomstige overtredingen door afschrikking, maar ook voor het wegnemen van de negatieve gevolgen van de overtredingen in het verleden voor de consumenten. Anders dan de complementariteit brengt de hybridisatie in deze zin geen noodzaak met zich tot coördinatie tussen de bij de publiek- en privaatrechtelijke handhaving betrokken actoren. Haar belangrijke beperking is wel dat elk handhavingsmechanisme slechts tot een bepaalde hoogte kan worden uitgerekt. Maar zolang er speelruimte voor hybridisatie bestaat, kan in de optiek van Bellantuono daarmee zeker worden geëxperimenteerd om te komen tot een effectieve handhaving.

## 5. Tot slot

De ontwikkelingen rond handhaving van het Europese privaatrecht brengen een nieuwe realiteit mee voor contracteren in de gereguleerde sectoren. Een realiteit die wordt gekenmerkt door meerdere publieke en private rechtshandhavers op verschillende niveaus van het Europese *multilevel governance*-systeem, een verschuiving van rechterlijke geschillenbeslechting naar ADR, de toenemende rol van toezichthoudende instanties, niet alleen bij handhaving, maar ook bij normstelling in het contractenrechtelijke domein, en het ontstaan van hybride publiek- en privaatrechtelijke handhavingsvormen. Deze nieuwe complexe werkelijkheid wordt steeds meer vormgegeven door de EU, als gevolg waarvan de procedurele autonomie van de EU-lidstaten op het handhavingsterrein steeds beperkter wordt. Is er nog een weg terug naar de (althans voor juristen) goede oude tijden toen rechtsvorming en rechtshandhaving op het gebied van het contractenrecht hoofdzakelijk in de handen van de Nederlandse civiele rechter lagen? Dat lijkt mij weinig realistisch. Samen met Micklitz ben ik van mening dat met het oog op de optimale rechtsbescherming de geïntegreerde aanpak van handhaving nodig is, waarbij publieke en private handhavers op verschillende niveaus van het *multilevel governance*-systeem betrokken en in dialoog met elkaar zijn. De contractspraktijk zou mijns inziens daaraan actief kunnen bijdragen door verbindingen tussen verschillende handhavingssystemen te leggen en conflicten daartussen te onthullen. Hierbij is ook een belangrijke rol weggelegd voor de wetenschap. Kortom, met de transformatie van handhaving in het Europese privaatrecht houdt niet alleen iets op, maar begint ook een nieuwe uitdaging. Een uitdaging om de nieuwe realiteit voor contracteren hanteerbaarder te maken en het publieke vertrouwen daarin te vergroten.

28. Electricity Act 1989, par. 27G-O.